LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE REEMPLAZO EN EL SECTOR PÚBLICO

El reemplazo como contrato del empleo público

[THE DENATURALIZATION OF THE REPLACEMENT CONTRACT IN THE PUBLIC SECTOR - Replacement as a public employment contract]

José María Pacori Cari

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento "La Gaceta Jurídica" del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú; Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico más leído del Perú

Sumario: I. Origen del reemplazo para diferenciarlo de la suplencia temporal - II. Desarrollo cronológico para la definición del contrato de reemplazo - III. Desnaturalización de la contratación pública temporal - IV. Desnaturalización del contrato de reemplazo

---

***Resumen**. En el presente artículo se hace un análisis jurídico del contrato público laboral de reemplazo por el cese de personal para establecer los supuestos en los cuales se produce la desnaturalización de la relación laboral temporal por una relación laboral a plazo indeterminado.*

***Abstract**. This article makes a legal analysis of the replacement public employment contract due to the dismissal of personnel to establish the cases in which the denaturalization of the temporary employment relationship occurs due to an indefinite-term employment relationship.*

Palabras Clave: Reemplazo – Ley 24041 – Cese de personal – Legalidad

Keywords: Replacement - Law 24041 - Cessation of personnel - Legality

Recibido: 01/07/2021
Aprobado: 21/07/2021

El ingreso a la Administración Pública se da a través del nombramiento o del contrato de personal, esta contratación puede ser permanente o temporal, dentro de esta contratación temporal encontraremos, entre otros contratos, a la suplencia temporal y al reemplazo. Actualmente, el contrato de reemplazo es delimitado en su aplicación a través de las leyes anuales del presupuesto de la República; sin embargo, contraviniendo el

Editorial Legal Affairs – Lima, Perú

principio de adecuada protección contra el despido arbitrario, se ha utilizado el reemplazo para ocultar una relación de trabajo público de naturaleza indeterminada, por lo que se hace necesario verificar la posible desnaturalización del reemplazo teniendo en cuenta una interpretación favorable al servidor público.

I. ORIGEN DEL REEMPLAZO PARA DIFERENCIARLO DE LA SUPLENCIA TEMPORAL

En el año de 1990 se publica el Reglamento de la Carrera Administrativa – Decreto Supremo 005-90-PCM – que en el artículo 38, literal c) regula el reemplazo en los siguientes términos

"Las entidades de la Administración Pública sólo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental. Dicha contratación se efectuará para el desempeño de: (…) c) Labores de ***reemplazo*** *de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada" (El resaltado es nuestro).*

Conforme a esta norma, cuando se hacía referencia a las labores de reemplazo se describía la situación jurídica en la cual una persona reemplazaba al personal permanente impedido de prestar servicios; por lo que esto corresponde a la suplencia temporal en la cual se sustituye a un servidor hasta que este regrese.

Pese a esta identificación inicial entre el reemplazo y la suplencia, a partir del año 2006, las leyes de presupuesto anuales, establecieron una sutil, pero importante diferencia entre el reemplazo y la suplencia temporal. En efecto, la Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2006 indica que el reemplazo se da por cese del personal, mientras que la suplencia temporal es respecto de los servidores públicos que regresarán a su puesto de trabajo, *verbi gratia*, luego de una designación en un cargo de confianza, por lo que la suplencia en el sector público no se da por el cese de personal, a diferencia del reemplazo que se da por cese de personal. Es así que en las entidades del gobierno nacional, regional y local, la suplencia temporal es el contrato que tiene por objeto contratar personal (suplente) para la sustitución temporal de un trabajador estable (ausente transitoriamente de la entidad)[1].

Esta sutil diferencia la podremos verificar si, cronológicamente, vemos el desarrollo del reemplazo en las leyes anuales de presupuesto.

II. DESARROLLO CRONOLÓGICO PARA LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE REEMPLAZO

1. (Presupuesto 2006) Con fecha 22 de diciembre de 2005 se publica la Ley 28652 – Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2006 – que en su artículo 8, literal b), numeral b.1) indica *"b) Queda prohibido, sin excepción, el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento, salvo los casos siguientes, siempre que se cuente con plaza presupuestada: b.1* El ***reemplazo por cese del personal*** *o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público,* ***que se hubiesen producido a partir del segundo semestre del año fiscal 2005****, de conformidad con la normatividad respectiva."* Como se verifica inicialmente no se establece que el reemplazo sea un contrato, pero se indica que se da por cese del personal.

2. (Presupuesto 2007) Con fecha 12 de diciembre de 2006 se publica la Ley 28927 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2007 – que en su artículo 4, inciso 2, literal i) indica *"Queda prohibido el ingreso de personal por servicios personales y el*

[1] Informe Legal 294-2012-SERVIR/GG-OAJ, Perú

nombramiento, salvo los casos siguientes: i) El reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público, siempre y ***cuando se cuente con la plaza presupuestada****. En este caso, el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos”*. En este caso, se indica la necesidad de plaza presupuestada para que se dé el reemplazo.

3. (Presupuesto 2008) Con fecha 10 de diciembre de 2007 se publica la Ley 29142 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2008 – que en su artículo 7, literal a) indica *“Queda prohibido el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento, salvo en los siguientes supuestos: a) La* ***contratación*** *para el reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público, siempre y cuando se cuente con la plaza.* ***En el caso de los reemplazos, que comprende al cese que se hubiese producido desde el Año Fiscal 2007****, se debe tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa, necesariamente, por concurso público de méritos”*. Se establece, a diferencia de las anteriores normas, que el reemplazo es un contrato, se reitera que se da en plaza que es un cargo presupuestado; siendo que el reemplazo se da por cese, este se debe de producir desde el año fiscal 2007; es decir, si el reemplazo se da por un cese producido antes del año fiscal 2007 se podría generar una desnaturalización del contrato de reemplazo.

4. (Presupuesto 2009) Con fecha 11 de diciembre de 2008 se publica la Ley 29289 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2009 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal a) indica *“Queda prohibido el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento, salvo en los siguientes supuestos: a) La contratación para el reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público, siempre y cuando se cuente con la plaza. En el caso de los reemplazos por cese del personal, éste comprende al cese que se hubiese producido desde el Año Fiscal 2008, asimismo, se debe tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa, necesariamente, por concurso público de méritos”.*

5. (Presupuesto 2010) Con fecha 08 de diciembre de 2009 se publica la Ley 29465 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2010 – que en su artículo 9, numeral 9.1, literal c) indica *“9.1 Queda prohibido el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La contratación para el reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público,* ***siempre y cuando se cuente con la plaza en su Presupuesto Analítico de Personal (PAP)****. En el caso de los reemplazos por cese del personal, éste comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2009, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos”*. Se establece que la plaza (cargo presupuestado) debe estar en el Presupuesto Analítico de Personal (PAP).

6. (Presupuesto 2011) Con fecha 09 de diciembre de 2011 se publica la Ley 29626 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2011 – que en su artículo 9, numeral 9.1, literal d) indica *“9.1 Queda prohibido el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) d) La contratación para el reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del sector público. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2010, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos”.*

7. (Presupuesto 2012) Con fecha 09 de diciembre de 2011 se publica la Ley 29812 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2012 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal e) indica *"8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) e) La contratación para el reemplazo por cese del personal o para la suplencia temporal de los servidores del sector público. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2010, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos".*

8. (Presupuesto 2013) Con fecha 04 de diciembre de 2012 se publica la Ley 29951 – Ley de Presupuesto del Sector Público parta el año fiscal 2013 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal f) indica *"8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) f) La contratación para el* ***reemplazo por cese, ascenso o promoción del personal****, o para la suplencia temporal de los servidores del sector público. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2011, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos."* A partir de esta ley anual de presupuesto se amplia las causales de reemplazo a tres (3): por cese, por ascenso, por promoción de personal.

9. (Presupuesto 2014) Con fecha 02 de diciembre de 2013 se publica la Ley 30114 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal d) que indica *"8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) d) La contratación para el reemplazo por cese, ascenso o promoción del personal, o para la suplencia temporal de los servidores del sector público. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2012, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos."*

10. (Presupuesto 2015) Con fecha 04 de diciembre de 2014 se publica la Ley 30281 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2015 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal d) indica *"8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) d) La contratación para el reemplazo por cese, ascenso o promoción del personal, o para la suplencia temporal de los servidores del sector público,* ***en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda****. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2013, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos."* Se agrega que el contrato de reemplazo se dará en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, debemos indicar que la implementación de esta ley se da en cada entidad donde la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR –, mediante resolución, dispone la implementación de la Ley del Servicio Civil.

11. (Presupuesto 2016) Con fecha 06 de diciembre de 2015 se publica la Ley 30372 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2016 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal d) indica *"8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) d) La contratación para el reemplazo por*

cese, ascenso o promoción del personal, o para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2014, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos".

12. (Presupuesto 2017) Con fecha 02 de diciembre de 2016 se publica la Ley 30518 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2017 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal c) indica *"8.1. Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La contratación para el reemplazo por cese, ascenso o promoción del personal, o para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2015, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos".*



13. (Presupuesto 2018) Con fecha 07 de diciembre de 2017 se publica la Ley 30693 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2018 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal c) indica *"8.1. Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La* ***contratación para el reemplazo por cese****, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o* ***para el ascenso o promoción del personal****, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2016, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos".* En esta norma se indica contratación para el reemplazo por cese, sin embargo, en relación al ascenso o promoción de personal, estos supuestos se indican luego de la suplencia, lo que implicaría que, nuevamente, el reemplazo sólo se da en el supuesto de cese de personal. De esta manera, el reemplazo solo se da para el cese de personal, siendo que el ascenso o promoción son excepciones a la prohibición de ingreso de personal en el sector público, es conforme al numeral 2.8 del Informe Técnico 1567-2019-SERVIR/GPGSC que indica *"De la mencionada disposición legal [Ley 30879 – Ley del Presupuesto para el Sector Público para el año fiscal 2019], se advierte que para el presente ejercicio fiscal no se ha establecido limitación alguna para que las entidades del Sector Público realicen concursos internos de méritos para el ascenso o promoción de su personal, los mismos que podrán llevarse a cabo siempre que cuenten con plazas vacantes debidamente presupuestadas".*

14. (Presupuesto 2019) Con fecha 06 de diciembre de 2018 se publica la Ley 30879 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2019 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal c) indica *"8.1. Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La contratación para el reemplazo por cese, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que*

corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2017, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos. ***Las plazas vacantes para el reemplazo por cese del personal que no cuenten con el financiamiento correspondiente son eliminadas*** *del Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas."* Se agrega la eliminación de plazas vacantes para reemplazo cuando no cuenten con financiamiento.

15. (Presupuesto 2020) Con fecha 22 de noviembre de 2019 se publica el Decreto de Urgencia 014-2019 – Decreto de Urgencia que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2020 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal c) indica *"8.1 Prohíbase el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La contratación para el reemplazo por cese, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2018, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos. Las plazas vacantes para el reemplazo por cese del personal que no cuenten con el financiamiento correspondiente son eliminadas del Aplicativo Informático de la Planilla Única de Pago del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas".*

16. (Presupuesto 2021) Con fecha 06 de diciembre de 2020 se publica la Ley 31084 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2021 – que en su artículo 8, numeral 8.1, literal c) indica *"8.1 Prohíbase el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La contratación para el personal bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 y el personal de carreras especiales* ***para el reemplazo por cese****, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal al que se refiere el presente literal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2019, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos. Las plazas vacantes para el reemplazo por cese del personal que no cuenten con el financiamiento correspondiente son eliminadas del Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público (AIRHSP) a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas."* Conforme a esta norma se mantiene la contratación para el reemplazo por cese.

De la lectura de todas estas leyes presupuestales podemos establecer un patrón que delimita el contrato por reemplazo. *Ergo*, podemos definir al **contrato por reemplazo** como el contrato de empleo público temporal que se da en la plaza o cargo presupuestado vacante generado por el cese de personal, a partir de la fecha del cese prevista en las respectivas leyes de presupuesto anuales, en tanto se implementa la Ley del Servicio Civil – Ley 30057-.

III. DESNATURALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA TEMPORAL

Ahora, antes de analizar la desnaturalización del contrato de reemplazo en el sector público es importante establecer la norma que sustenta, de manera general, la desnaturalización de una relación laboral pública a plazo fijo o sujeto a modalidad por una relación laboral pública a plazo indeterminado, lo que nos remite a la Ley 24041 que en su artículo 1 indica

"Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley".

De la lectura de este artículo podemos concluir que un servidor público contratado para estar bajo la protección de esta norma debe cumplir con dos (2) requisitos:

a) Ser servidor público contratado para labores de naturaleza permanente. La naturaleza permanente de las funciones del servidor público se dará en atención al principio de primacía de la realidad, *verbi gratia*, si el servidor contratado realiza labores de Técnico Administrativo en la Oficina de Presupuesto de una Municipalidad, se entenderá, salvo prueba en contrario, que es una labor permanente; diferente será el caso del servidor público contratado para un cargo que el cuadro analítico de personal indica que es de confianza. Podemos tener en cuenta el criterio previsto en la Casación 4196-2017 Tumbes de 11 de julio de 2019 emitida por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria que en su sumilla indica *"Estando acreditado que los servicios prestados por la actora como Especialista Administrativo I, en la Unidad de Servicios Comunales y Sociales, unidad que forma parte de la estructura orgánica de la Municipalidad Distrital de Corrales; son de naturaleza permanente y no temporal, por lo tanto, el demandante se encuentra dentro del ámbito de protección del artículo 1° de la Ley 24041".*

b) Tener más de un año ininterrumpido de servicios. Esto implicará que la prestación de servicios de naturaleza permanente debe ser realizada por más de un (1) año ininterrumpido de servicios, si el plazo es menor, no sería posible acceder al ámbito de protección de la Ley 24041. En caso de existir periodos de inactividad estos no deben superar los treinta (30) días naturales, manteniéndose la permanencia continua de servicios conforme al Décimo Cuarto Considerando de la Casación 7298-2015 Piura del 20 de setiembre de 2016, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que indica *"Que el precedente judicial en comento, estableció como regla que las "breves interrupciones" de los servicios prestados, no pueden afectar el carácter ininterrumpido de los servicios prestados por los servidores públicos contratados para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido; sin embargo, del tenor de sus fundamentos puede apreciarse que en ningún extremo* ***de éste se estableció que estas interrupciones pueden alcanzar hasta los 30 días****, como así lo ha establecido la Sala Superior, estando a que el demandante presentó una interrupción por el mes de agosto del año 2012, verificándose que no existe fundamentación fáctica ni jurídica para arribar a dicha conclusión." (El resaltado es nuestro)*

Es importante indicar que el artículo 1 de la Ley 24041 no establece como requisito para su protección el haber ingresado por concurso público o que el cargo o función se encuentren en el Cuadro Analítico de Personal (CAP); indicar la necesidad de

estos requisitos es diferenciar donde la ley no diferencia (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), a lo que se suma que la prohibición de creación de nuevos requisitos está prevista en el artículo 86, inciso 4, del TUO de la Ley 27444 – Decreto Supremo 004-2019-JUS - que indica

"Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (…) 4. ***Abstenerse de exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos****, la realización de trámites, el suministro de información o la realización de pagos,* ***no previstos legalmente****" (el resaltado es nuestro).*

IV. DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE REEMPLAZO

Habiendo establecido, de manera general, la desnaturalización de la contratación temporal por una contratación permanente en el sector público a través de la Ley 24041, para la alegación de la desnaturalización del contrato de reemplazo en el sector público se debe de tener en cuenta, *ab initio*, el cumplimiento de los dos (2) requisitos previstos en la Ley 24041, esto es, a) labores de naturaleza permanente y b) más de un año ininterrumpido de servicios.

Realizada la anterior precisión, procedamos a establecer los requisitos que requiere la ley para realizar un contrato de reemplazo en el sector público, el no respeto o inobservancia de estos requisitos dará lugar a la desnaturalización del contrato de reemplazo.

De esta manera, para efectos de explicar los requisitos y la desnaturalización del reemplazo tomaremos en cuenta la Ley del Presupuesto para el sector público del año 2020 - Decreto de Urgencia 014-2019 -, vigente a partir del 01 de enero del 2020, puesto que a partir del 02 de enero del 2021 en adelante se cumpliría con el requisitos de más de un año ininterrumpido de servicios al Estado, si tendríamos en cuenta la Ley del Presupuesto para el sector público del año 2021 - Ley 31084 -, vigente desde el 01 de enero del 2021, a la fecha de elaboración de este artículo no se cumpliría el año que indica la Ley 24041 por lo que no podríamos alegar la desnaturalización de un contrato de reemplazo sino hasta que se cumpla más de un año ininterrumpido de servicios, no está demás indicar que mientras más años de servicios, ya sea por reemplazo u otras formas de contratación, mayor derecho tendrá el servidor público contratado para verificar la posible desnaturalización de su contrato de reemplazo. Asimismo, el análisis que se realizará a continuación debe de hacerse respecto de todas las leyes anuales del presupuesto que sustentan los contratos de reemplazos del servidor público contratado.

El Decreto de Urgencia 014-2019 – Decreto de Urgencia que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2020 – en su artículo 8, numeral 8.1, literal c) indica

"8.1 Prohíbase el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (…) c) La contratación para el reemplazo por cese, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2018, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos. Las plazas vacantes para el reemplazo por cese del personal que no cuenten con el financiamiento correspondiente son eliminadas

del Aplicativo Informático de la Planilla Única de Pago del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas".

Estando a esta norma y las normas cronológicamente indicadas anteriormente, podemos establecer las siguientes características del reemplazo:

1. Contrato para reemplazo. El reemplazo se da por contrato, el servidor que ostenta un reemplazo es un servidor público contratado, por lo que puede solicitar la aplicación del artículo 1 de la Ley 24041, siempre y cuando acredite labores de naturaleza permanente y más de un año ininterrumpido de servicios; de esta manera, para el inicio del reemplazo se requiere de un contrato bilateral firmado por la autoridad pública y el servidor público; la resolución que dispone un reemplazo por naturaleza es un acto administrativo unilateral que no es un contrato, el cual, por esencia, es bilateral, este defecto genera un indicio de desnaturalización del reemplazo; distinto es el supuesto en el cual se hace firmar al servidor un contrato para luego aprobar éste a través de una resolución administrativa, no generándose en este caso un indicio de desnaturalización.

2. Reemplazo por cese. El reemplazo es por cese, en este caso, cuando se habla de cese se debe entender como una causal de término de la carrera administrativa, lo que nos lleva a determinar los supuestos de cese en la carrera administrativa que están previstos en el artículo 35 del Decreto Legislativo 276 que indica

"Son causas justificadas para cese definitivo de un servidor: a) Límite de setenta años de edad; b) Pérdida de la Nacionalidad; c) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas; d) Ineficiencia o ineptitud comprobada para el desempeño del cargo; e) La supresión de plazas originada en el proceso de modernización institucional aplicado en los gobiernos regionales y gobiernos locales, con arreglo a la legislación de la materia; f) La negativa injustificada del servidor o funcionario público a ser transferido a otra plaza dentro o fuera de su residencia".

Ergo, al ser las causales de cese de un servidor público de carrera taxativas, no se podrían considerar como causales de cese, por principio de legalidad, *verbi gratia*, la suplencia temporal de personal o la renuncia de un servidor de carrera, por cuanto ambas situaciones no son contempladas en la ley como causales de cese. Conforme a esto, *verbi gratia*, si se indica que su contratación es por reemplazo, pero de la lectura del contrato, se verifica que es para suplir a un servidor público, el reemplazo está desnaturalizado; de la misma manera, si el contrato de reemplazo se da respecto de una plaza vacante por un servidor público que ha presentado su renuncia, al no ser esta una causal de cese, también se produce la desnaturalización del reemplazo; asimismo, en atención al principio de primacía de la realidad, si en el contrato de reemplazo se indica una causal de cese definitivo, pero el servidor público acredita que no existe dicha causal de cese, también se produce la desnaturalización del reemplazo.

3. Fecha del cese del servidor de carrera. Teniendo en cuenta la Ley del presupuesto para el sector público del 2020, tomada en cuenta para explicar la desnaturalización del reemplazo, en el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del 01 de enero del 2018; esto implica que producido el cese a partir del 01 de enero del 2018, es

posible contratar a un servidor para el reemplazo; si se contratara con la ley del presupuesto del 2020 a un servidor por un cese producido antes del 01 de enero del 2018, el reemplazo también estaría desnaturalizado, *verbi gratia*, si en el contrato se indica la ley del presupuesto del año 2020 (que establecer una limitación temporal), pero se hace referencia a una plaza vacante por cese de personal en el año 2017 o 2016, se produciría la desnaturalización del contrato de reemplazo; también se produce la desnaturalización del reemplazo si en el contrato se hace referencia, *verbi gratia*, a la Ley anual de presupuesto del 2017, cuando estamos en el año 2021. En el análisis de la temporalidad de las leyes de presupuesto deberá de estarse al **principio de anualidad** previsto en el artículo 2, inciso 11, del Decreto Legislativo 1440 que indica *"**Anualidad presupuestaria**: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario el cual, para efectos del Decreto Legislativo, se denomina Año Fiscal, periodo durante el cual se afectan los ingresos que se recaudan y/o perciben dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se haya generado, y se realizan las gestiones orientadas a la ejecución del gasto con cargo a los respectivos créditos presupuestarios"*.

4. El reemplazo se da en plazas vacantes. Se entiende que las plazas vacantes se dan por el cese del servidor público de carrera. Ahora bien, si el contrato de reemplazo se daría en un cargo que no responde a una plaza vacante, este reemplazo se desnaturalizaría siempre y cuando se acredita, por principio de primacía de la realidad, la prestación de labores permanentes por más de un año ininterrumpido de servicios.

Por último, en el artículo 8, numeral 8.1, literal c) del Decreto de Urgencia 014-2019 – Decreto de Urgencia que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2020 – se indica *"En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2018, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos"*. En relación a esto, algunas entidades públicas realizan convocatorias de concurso de contratación por reemplazo, lo que implica establecer que el contrato por reemplazo corresponde al ingreso a la administración pública por concurso público. Por lo tanto, se entiende que el ingreso a la administración pública por reemplazo se daría a través de concursos públicos. Sin embargo, si la contratación por reemplazo no se da por concurso público esta situación negligente u omisiva de la entidad pública no debe ser imputada como responsabilidad del trabajador por cuanto este no tiene la potestad pública de convocar a un concurso público, *ergo*, la no existencia de un concurso público no debe de perjudicar al servidor por reemplazo quien sí acredita labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido de servicios gozará de estabilidad laboral conforme a lo previsto en la Ley 24041.

CONCLUSIÓN

Conforme a lo indicado, la desnaturalización del contrato de reemplazo en el sector público se dará cuando se cumplan los siguientes supuestos:

1. Como requisitos generales se deben cumplir, concurrentemente, los previstos en el artículo 1 de la Ley 24041: a) labores de naturaleza permanente y b) más de un año ininterrumpido de servicios (el concurso público no es requisito previsto en la Ley 24041).

2. Como requisitos especiales que constituyen indicios para la desnaturalización del contrato de reemplazo: a) el reemplazo no se da por contrato; b) el reemplazo no responde a una causal de cese prevista en el Decreto Legislativo 276; c) el reemplazo por cese se da fuera de la temporalidad prevista en la ley de presupuesto anual respectiva; d) el reemplazo no se da en plaza presupuestada[*].

REFERENCIAS

- Decreto Legislativo 1440 (16 de setiembre de 2018). Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Perú.
- Decreto Legislativo 276 (24 de marzo de 1984). Promulgan la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Perú.
- Decreto Supremo 004-2019-JUS (25 de enero de 2019). Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Perú.
- Decreto Supremo 005-90-PCM (18 de enero de 1990). Aprueban el Reglamento de la Carrera Administrativa. Perú.
- Informe Legal 294-2012-SERVIR/GG-OAJ (29 de marzo de 2012). Contratación de personal por suplencia en el régimen de la carrera administrativa. Perú.
- Informe Técnico 1567-2019-SERVIR/GPGSC (01 de octubre de 2019). Sobre la viabilidad para realizar procesos de promoción o ascenso bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 y la Ley 30220, Ley Universitaria. Perú: Autoridad Nacional del Servicio Civil.
- Ley 24041 (28 de diciembre de 1984). Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él. Perú.

[*] El autor es jurista, maestro y abogado especialista en Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social en el Perú, puede contactarlo en corporacionhiramservicioslegales@hotmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

Editorial Legal Affairs – Lima, Perú

Citar artículo

Pacori Cari, José María (2021). La desnaturalización del contrato de reemplazo en el sector público. El reemplazo como contrato del empleo público. Revista Iuris Dictio Perú, Volumen III, Julio 2021, pp. 07-17. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.